

Audience publique du 7 mai 2007

Recours formé par
la société anonyme **X. S.A.**, ...
contre
trois bulletins émis par le **bureau d'imposition Sociétés 2**
en matière d'impôts

JUGEMENT

Vu la requête inscrite sous le numéro 21466 du rôle et déposée le 30 mai 2006 au greffe du tribunal administratif par Maître Jean-Pierre WINANDY, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société anonyme X. S.A., ayant son siège social à L-..., immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B ..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, tendant à la réformation, sinon à l'annulation d'un bulletin de l'impôt sur la fortune pour l'année 2004, émis à son égard le 31 août 2005 par le bureau d'imposition Sociétés 2, ainsi que des deux bulletins de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux pour les années 2002 et 2003, également émis à son égard le 31 août 2005 par le bureau d'imposition Sociétés 2 ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 30 octobre 2006 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif le 21 novembre 2006 par Maître Jean-Pierre WINANDY pour compte de la société anonyme X. S.A. ;

Vu les pièces versées en cause et notamment les bulletins critiqués ;

Où le juge-rapporteur en son rapport, ainsi que Maître Jean-Pierre WINANDY et Monsieur le délégué du gouvernement Jean-Marie KLEIN en leurs plaidoiries respectives.

Ayant été constituée le 10 août 2000, la société anonyme de droit luxembourgeois X. S.A., ci-après désignée par la « société X. », acquit une demande de brevet pour un médicament humain au moyen de plusieurs prêts lui successivement accordés par sa société-mère Y. S.A., ayant son siège social à Luxembourg et régie par le statut d'une société holding.

Deux conventions de prêt signées par la société X. avec sa société-mère pour un total de 2.200.000 € durant les années 2000 et 2001 furent stipulées avec un taux d'intérêt de 6 %, renégociable tous les ans, tandis qu'une troisième convention de prêt du 18 décembre 2000 pour un montant de 880.193,44 CHF stipula un taux d'intérêt fixe de 4,5 %.

De même, des conventions de prêt d'un montant total de 3.912.000 € conclues par la société X. et sa société-mère durant les années 2002 et 2003 stipulèrent toutes un taux d'intérêt de 5 %, renégociable tous les ans.

En date du 3 novembre 2003, la société X. procéda à une augmentation de capital à concurrence de 2.000.000 € par incorporation à due concurrence des créances détenues par la société-mère Y. S.A. dans le capital social.

Suite au dépôt pour compte de la société X. des déclarations de l'impôt sur le revenu des collectivités et de l'impôt commercial communal des années 2002 et 2003 en dates des 5 septembre 2003 et 17 novembre 2004, le bureau d'imposition Sociétés 2 de la section des sociétés du service d'imposition de l'administration des Contributions directes, ci-après désigné par le « bureau d'imposition », adressa le 8 février 2005 à la société X., tout en l'invitant à y prendre position le cas échéant, des projets d'imposition à l'impôt sur le revenu des collectivités et à l'impôt commercial communal pour les années 2002 et 2003, qui renseignèrent des réintégrations dans les revenus imposables de distributions cachées de bénéfices à hauteur de 56.659,43 € pour l'année 2002 et de 153.663,53 € pour l'année 2003. Ces distributions cachées furent justifiées comme suit : *« le taux d'intérêt du c/c actionnaire se détermine en fonction du principe de plein concurrence (arm's length principle) jouant entre entreprises indépendantes »*. Le projet d'imposition pour l'année 2002 précisa qu' *« étant donné que le taux d'intérêt moyen de l'année 2002 s'élève à 3,40 %, le résultat a été majoré de 1,46 % x 3.880.783,31 EUR (= moyenne de la valeur du c/c actionnaire au 31/12/2001 et au 31/12/2002) = 56.659,43 EUR »*, tandis que le projet d'imposition pour l'année 2003 informa qu' *« étant donné que le taux d'intérêt moyen de l'année 2003 s'élève à 2,30 %, le résultat a été majoré de 153.663,53 EUR »*. Pour les deux années d'imposition en question, il est ajouté aux projets d'imposition qu'il ne serait pas procédé *« au calcul de la retenue à la source sur cette somme si vous allez réintégrer le montant de 56.659,42 EUR (153.663,53 EUR pour l'année 2003) lors de l'établissement de votre prochaine déclaration »*.

La société X. soumit ses objections contre ces projets d'imposition par courrier du 21 février 2005 à travers lequel elle contesta en substance la qualification de distributions cachées de bénéfices dans le chef d'une partie des intérêts relatifs aux conventions de prêt susvisées et estima que les taux de 6 et 5 % correspondraient aux conditions du marché.

Suite à une demande à la société X. de la part du bureau d'imposition, formulée par courrier du 1^{er} juillet 2005, de révéler l'identité du *« bénéficiaire économique de la société*

holding émettrice du prêt à intérêts », la société X. y prit position par courrier de son expert-comptable du 28 juillet 2005.

Par courrier du 2 août 2005, le bureau d'imposition communiqua à la société X. de nouveaux projets d'imposition relatifs à l'impôt sur le revenu des collectivités, à l'impôt commercial communal et à l'impôt sur la fortune pour les années 2002 et 2003 annulant et remplaçant ceux communiqués le 8 février 2005. Les projets d'imposition visant l'impôt sur le revenu des collectivités renseignèrent qu' *« étant donné que*

- l'identité du bénéficiaire économique de la société holding « X.- and -Y.- S.A. » n'a pas été dévoilée (v. mon questionnaire du 01.07.2005) ;

- d'après votre lettre du 28 juillet 2005 le financement litigieux a été réalisé par l'actionnaire majoritaire (détenant d'après la liste de présence du 19.05.2004 39.998 actions sur un total de 40.000 actions) ;

- d'après votre lettre du 21.02.2005 « il est de connaissance publique que les banques, institutions financières et autres investisseurs ne financent pas des demandes de brevets ... », les prêts litigieux sont à requalifier en capital occulte. Les intérêts déduits constituent par conséquent des distributions occultes à soumettre en tant que telles à la retenue d'impôt visée à l'art. 146 LIR ».

De même, les projets d'imposition relatifs à l'impôt sur la fortune renseignèrent que *« les prêts accordés par Y. S.A. sont requalifiés en capital occulte ».*

La société X. soumit ses objections contre ces projets d'imposition par courrier du 16 août 2005.

En date du 31 août 2005, le bureau d'imposition émit à l'égard de la société X. un bulletin de l'impôt sur la fortune au 1^{er} janvier 2004, conforme au projet d'imposition afférent communiqué par le courrier prévisé du 2 août 2005, lui imputant une fortune imposable de 7.847.000 € et fixant une cote d'impôt sur la fortune de 39.235 €, ainsi que deux bulletins de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux pour les années 2002 et 2003 qui fixèrent des cotes de retenues de 37.477,23 € et de 54.149,14 € du chef des *« distributions occultes »* visées dans les projets d'imposition susvisés.

Par courrier de son mandataire du 25 novembre 2005, la société X. fit introduire une réclamation devant le directeur de l'administration des Contributions directes à l'encontre de ce bulletin de l'impôt sur la fortune et de ces bulletins de la retenue d'impôt du 31 août 2005.

En l'absence de décision du directeur de l'administration des Contributions directes quant à cette réclamation, la société X. a fait introduire un recours contentieux tendant à la réformation, sinon à l'annulation de ces mêmes bulletins du 31 août 2005.

Conformément aux dispositions combinées du paragraphe 228 de la loi générale des impôts du 22 mai 1931, appelée *« Abgabenordnung »*, en abrégé *« AO »*, et de l'article 8 (3) 3. de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif, le tribunal administratif est appelé à statuer comme juge du fond sur un recours introduit contre un bulletin de l'impôt sur la fortune et de fixation de la retenue d'impôt sur revenus de capitaux en l'absence d'une décision du directeur de l'administration des Contributions directes ayant statué sur les mérites d'une réclamation contre ces mêmes bulletins. Le tribunal est partant compétent pour connaître du recours principal en réformation. Le recours subsidiaire en annulation est en conséquence irrecevable.

Le délégué du gouvernement soulève le moyen que le recours « *contre le prétendu bulletin d'établissement de la fortune* » serait irrecevable au motif que l'établissement de la fortune ne serait que la base indissociable de la liquidation de l'impôt sur la fortune par le bulletin de ce nom.

D'après les termes de la requête introductive formulée par un professionnel de la postulation, le recours sous analyse est dirigé entre autres contre un « *bulletin d'établissement de la fortune au 1^{er} janvier 2004* » du 31 août 2005 et la société X. n'a pas autrement pris position dans son mémoire en réplique quant à ce moyen d'irrecevabilité soulevé par le représentant étatique.

Or, au vœu du § 213 (1) AO, l'établissement de la fortune constitue la base indissociable de la liquidation de l'impôt sur la fortune qui n'est pas susceptible en elle-même de faire l'objet d'une voie de recours. Partant, dans la mesure où la société X. a limité, d'après les termes mêmes de la requête introductive, le recours à l'établissement de la fortune au 1^{er} janvier 2004 sans attaquer l'autre volet de la liquidation de l'impôt sur la fortune, son recours encourt l'irrecevabilité sur base du § 213 (1) AO en ce qui concerne le bulletin de l'impôt sur la fortune du 31 août 2005.

Par contre, le recours en réformation est recevable, pour autant qu'il est dirigé contre les deux bulletins de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux pour les années 2002 et 2003, pour avoir été introduit dans les formes et délai de la loi.

Le tribunal n'étant pas lié par l'ordre des moyens soumis par les parties à l'instance, mais pouvant, dans l'intérêt de l'administration de la justice, sinon de la logique inhérente aux éléments de fait et de droit touchés par les moyens soulevés, les traiter suivant un ordre différent, il y a lieu de trancher d'abord la question de savoir si les prêts accordés par la société Y. S.A. à la société demanderesse sont à qualifier d'apports cachés, la qualification des intérêts afférents n'étant que la suite logique de la qualification des montants empruntés.

La société demanderesse argue à cet égard que le bureau d'imposition « *s'est en effet montré tout à fait déterminé à connaître l'identité du bénéficiaire économique qui se trouve derrière la société-mère* », mais que cette information n'apporterait aucun élément utile dans la mesure où il serait établi que les prêts auraient été accordés par la société-mère, donc par une société apparentée et non par une société non liée à première vue, seule hypothèse dans laquelle l'identité des associés de la société allouante constituerait une information importante, de manière qu'il « *convient de s'interroger sur la réelle motivation* » du bureau d'imposition. La société demanderesse renvoie à la jurisprudence allemande pour affirmer que la notion d'apports cachés ne viserait que les apports de biens économiques alloués durablement, ayant pour effet d'augmenter l'actif de la société bénéficiaire et motivés par les seuls liens participatifs sans motif économique et que les prêts litigieux seraient soumis aux conditions prévues par les conventions respectives, de manière qu'ils ne sauraient être qualifiés d'apports cachés. En outre, la société demanderesse épingle les incohérences qu'elle entend détecter dans le raisonnement du bureau d'imposition en ce qu'il considérerait d'abord qu'elle devrait se financer au taux Euribor et ensuite qu'elle n'aurait aucune capacité d'endettement, tout financement devant nécessairement prendre la forme d'apports, nonobstant sa capitalisation suffisante au vu de fonds propres s'élevant à quelques 30% du total du bilan. La société demanderesse estime finalement que les moyens mis en œuvre et les modalités choisies par une société-mère pour financer sa filiale seraient des décisions de gestion qui « *sortent, à ce titre, des prérogatives de l'Administration* » sauf l'hypothèse d'un cas de financement abusif par des dettes qui ne se trouverait pas vérifié en l'espèce.

Au vœu de l'article 18 (1) de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, en abrégé « LIR », applicable également dans le cadre de l'impôt sur le revenu des collectivités au vœu de l'article 162 LIR et de son règlement grand-ducal d'exécution du 3 décembre 1969, « *le bénéfice est constitué par la différence entre l'actif net investi à la fin et l'actif net investi au début de l'exercice, augmentée des prélèvements personnels effectués pendant l'exercice et diminuée des suppléments d'apports effectués pendant l'exercice* ». Cette disposition impose partant l'élimination de l'actif investi de tous les suppléments d'apports en ce qu'ils « *impliquent des changements de l'actif net investi non provoqués par l'exploitation* » (projet de loi concernant l'impôt sur le revenu, doc. parl. 571⁴, ad art. 46, p. 69).

La notion d'apport entre sociétés opaques englobe l'ensemble des attributions de « *biens susceptibles d'investissement* » (projet de loi concernant l'impôt sur le revenu, doc. parl. 571⁴, ad art. 46, p. 69) effectuées par les associés à la société en raison de leur participation. Cette notion englobe ainsi également les apports cachés d'associés sous forme d'augmentations du bénéfice comptable de la société en raison d'opérations basées uniquement sur le lien participatif.

En l'espèce, le bureau d'imposition a procédé à la requalification des conventions de prêts conclues entre la société X. et sa société-mère Y. S.A. en estimant qu'ils constitueraient en réalité des apports de capitaux nouveaux non soumis à restitution et destinés à augmenter l'actif financier de la société X.. Le bureau d'imposition a fondé cette requalification sur les considérations que ladite société-mère détenait la quasi-totalité des actions de la société X., que de l'aveu même de la société X., des emprunts auprès d'acteurs du secteur financier seraient presque impossibles et que l'identité du bénéficiaire économique de la société-mère n'avait pas été dévoilée.

Il est vrai que la qualité d'un élément de l'actif est incontestée dans le chef d'un capital mis à la disposition d'une société commerciale.

L'élément requis pour l'admission d'un apport caché constitué par l'existence d'un lien de participation entre la société X. et la société à la base de la mise à disposition des sommes stipulées dans les conventions de prêt est également incontesté en l'espèce. Dans la mesure où c'est la société-mère qui a procédé elle-même à ladite mise à disposition et qu'un lien participatif direct existe les deux sociétés impliquées, cet élément se trouve établi sans qu'il n'y ait lieu de rechercher autrement l'identité des bénéficiaires économiques de la société-mère, cette information n'étant pas requise afin de prouver un lien participatif entre la société allouante et la société bénéficiaire. C'est partant à juste titre que la société demanderesse argue que, contrairement à la situation à la base d'un jugement du tribunal administratif du 6 juin 2005 (n° 19162) où le lien participatif direct ou indirect entre la société bénéficiaire et ses associés n'avait pas été établi en cause ou du moins questionné par le bureau d'imposition dans la mesure où la société allouante, en l'occurrence une société établie aux British Virgin Islands, n'avait pas de lien participatif apparent avec la société bénéficiaire, le défaut de l'indication des bénéficiaires économiques de la société-mère ne constitue pas un motif valable pour requalifier les prêts en cause en apports occultes.

Concernant la réalité des prêts obtenus par la société X., il résulte des copies des conventions versées en cause qu'à l'exception d'un prêt de CHF 880.193,44.- accordé le 18 décembre 2000 pour une période renouvelable de 5 ans, toutes les conventions en cause stipulent une durée des prêts d'un an, renouvelable par accord tacite pour une nouvelle durée d'un an, un remboursement à l'échéance avec la faculté d'un remboursement anticipé moyennant un préavis de 10 jours. Il se dégage encore des éléments en cause que la société X. a procédé le 3 novembre 2003 à une augmentation de capital par incorporation à hauteur

de 2.000.000 € des créances de sa société-mère, à des opérations de regroupement des prêts en cours à la fin de l'année 2004 et à une conversion des prêts en emprunts obligataires privés en 2006. A défaut d'éléments en sens contraire avancés en cause, ces opérations de financement de la société X. et leurs modalités et conditions ne comportent aucun indice permettant de conclure à une intention de la société Y. S.A. de ne pas solliciter le moment venu le remboursement des montants mis à la disposition de sa filiale et d'avoir en réalité entendu lui transférer ces capitaux de manière définitive, de manière que les opérations ne constituent pas en elles-mêmes un apport caché de la part de la société Y. S.A..

La balance entre les fonds propres et les fonds empruntés de la société X. ne peut pas non plus être valablement invoquée comme motif afin de justifier la requalification des prêts en cause en apports cachés, étant donné que le délégué du gouvernement admet lui-même qu' *« avec des fonds propres représentant environ 30% du bilan la recourante se meut à une distance confortable des parages où la capitalisation insuffisante et la capacité d'endettement font problème »*.

Par voie de conséquence, aucune motivation valable pour cette requalification n'a été avancée en l'espèce et la décision de la société-mère de financer les acquisitions de demandes de brevets de la société X. par des prêts plutôt que par des apports supplémentaires se meut dans les limites dans lesquelles le contribuable peut librement décider de l'opportunité de ses opérations. Etant donné que les conventions de prêt en cause ne sauraient partant être considérées comme apports cachés et doivent être reconnues telles quelles dans le cadre de l'imposition de la société X., il en découle également que les intérêts payés par la société X. à sa société-mère Y. S.A. durant les années d'imposition en cause au titre de ces mêmes conventions de prêt ne peuvent pas être qualifiés *ipso facto* en leur intégralité de distributions cachées de bénéfices. Il s'ensuit que l'assertion sur laquelle le bureau d'imposition a fondé la requalification de l'ensemble des paiements d'intérêts en distributions cachées n'est pas justifiée.

Dans la mesure où les paiements prévus d'intérêts par la société X. sont néanmoins susceptibles d'être qualifiés en partie de distributions cachées en raison du taux fixé et des montants payés en conséquence, il y a encore lieu de vérifier si les intérêts n'encourent pas de reproche à cet égard.

La société demanderesse expose y relativement que les taux retenus par le bureau d'imposition correspondraient à la moyenne annuelle du taux Euribor i.e. au taux journalier en euros auquel les débiteurs de toute première catégorie, porteurs d'aucun risque, pourraient s'endetter, mais qu'elle ne pourrait pas prétendre à l'application de ce taux eu égard au risque inhérent à son activité et devrait payer une prime de risque de plusieurs points de pourcentage, laquelle correspondrait ainsi à des conditions normales de marché, de sorte que l'application d'une telle prime de risque par sa société-mère n'excéderait pas la rémunération qu'un autre créancier demanderait sur le marché en considération du même risque. La société demanderesse s'empare encore de la circulaire LIR 164/1 du 9 juin 1993 qui retiendrait un taux de 5% pour les relations de compte courant entre une société et son associé, de sorte que ce taux, appliqué à une mise à disposition de fonds sous forme de prêt, ne devrait pas être qualifié d'excessif. La société demanderesse se prévaut encore du jugement prévu du tribunal administratif du 6 juin 2005 et de la circonstance que dans cette espèce le taux d'intérêt mis en charge sur des obligations souscrites par des personnes dont le lien participatif n'était pas établi avait été limité à 5,75% par l'administration pour les années d'imposition 2001 et 2002, de manière que la critique d'un taux de 5% en l'espèce et sa réduction à 3,40% révélerait une incohérence au sein même de l'administration.

L'article 164 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, ci-après dénommée « LIR », dispose que « (1) *Pour déterminer le revenu imposable, il est indifférent que le revenu soit distribué ou non aux ayants droit.*

(2) Sont à considérer comme distribution dans le sens de l'alinéa qui précède, les distributions de quelque nature qu'elles soient, faites à des porteurs d'actions, de parts bénéficiaires ou de fondateurs, de parts de jouissance ou de tous autres titres, y compris les obligations à revenu variable donnant droit à une participation au bénéfice annuel ou au bénéfice de liquidation.

(3) Les distributions cachées de bénéfices sont à comprendre dans le revenu imposable. Il y a distribution cachée de bénéfices notamment si un associé, sociétaire ou intéressé reçoit directement ou indirectement des avantages d'une société ou d'une association dont normalement il n'aurait pas bénéficié s'il n'avait pas eu cette qualité ».

Les distributions cachées de bénéfices visées par l'article 164 (3) LIR existent si un associé ou un actionnaire reçoit directement ou indirectement d'une société des avantages qu'il n'aurait pu obtenir en l'absence de ce lien. La situation concernée est celle où un gestionnaire prudent et avisé n'aurait pas accordé un avantage similaire à un tiers.

En l'espèce, dans la mesure où la société demanderesse expose de manière incontestée que les taux de 3,40% pour l'année 2002 et de 2,30% pour l'année 2003 appliqués par le bureau d'imposition dans les premiers projets d'imposition communiqués à la société demanderesse le 8 février 2005 correspondent approximativement à la moyenne annuelle du taux Euribor (*Euro Interbank Offered Rate*), qui est défini comme le taux moyen auquel un échantillon d'une cinquantaine de grandes banques établies en Europe prête en blanc (c'est-à-dire sans que le prêt soit gagé par des titres) à d'autres grandes banques, force est de constater que le taux Euribor est un taux appliqué entre grandes banques, donc entre débiteurs de premier ordre en principe. C'est partant à juste titre que la société demanderesse argue qu'en raison de son activité, l'acquisition et la détention de demandes de brevets et de brevets de médicaments, et de son actif, elle ne saurait bénéficier d'un tel taux sur le marché financier et devrait payer à tout créancier un taux supérieur du fait du risque accru d'insolvabilité dans son chef par rapport à un débiteur de premier ordre.

Il résulte des éléments du dossier fiscal que le bureau d'imposition a calculé le taux moyen appliqué aux prêts inscrits au passif de la société X. pour l'année 2002 en calculant le rapport entre le montant total des intérêts payés par la société X. à sa société-mère et la moyenne de la somme totale des dettes de la société X. envers sa société-mère au 1^{er} janvier et au 31 décembre 2002. Ainsi, le bureau d'imposition a déterminé un montant moyen de dettes de 3.880.783,31 € et a déduit, sur base d'un montant de 188.979,08 € d'intérêts payés, un taux moyen d'intérêt d'environ 4,86 %. Sur base du taux d'intérêt de 3,40% considéré comme maximum admissible, le bureau d'imposition a estimé qu'une tranche de 1,46% d'intérêts, correspondant au montant de 56.659,43 €, constituerait une distribution cachée de bénéfices. Pour l'année 2003, le bureau d'imposition s'est fondé sur une ventilation des différents prêts annexée aux comptes annuels de l'exercice 2003 et a ventilé pour chaque poste de prêts à un taux déterminé la partie dépassant un taux de 2,30% pour qualifier leur total de distribution cachée de bénéfices.

Il convient encore de relever que toutes les conventions de prêt, à l'exception de celle relative à un prêt de CHF 880.193,44.- stipulant un taux fixe de 4,5%, stipulent un taux d'intérêt de 5 respectivement 6% avec la clause que ce taux est « *renégociable tous les ans* ».

Eu égard à la référence par le bureau d'imposition au taux Euribor et à sa nature ci-avant décrite, le tribunal est amené à constater que le taux d'intérêt moyen de 4,86% payé en 2002 par la société X. dépasse de 1,46% le taux de 3,40% correspondant approximativement à la moyenne du taux Euribor pour cette année. En considération de l'activité de la société X. et de l'absence d'autres garanties fournies par celle-ci, cette différence constitue une prime de risque qui peut être considérée comme correspondant aux habitudes du marché alors que les taux des prêts aux acteurs économiques peuvent dépasser le taux Euribor de 0,5 à 2%. Il s'ensuit que les intérêts payés durant l'année 2002 par la société X. à sa société-mère doivent être considérés comme correspondant aux conditions du marché et ne sauraient être qualifiés même en partie de distributions cachées de dividendes.

En ce qui concerne l'année 2003, la société X. avait un encours de prêts aux taux de 4,5, de 5 et de 6%, taux qui dépassaient ainsi de 2,2, respectivement 2,7 et 3,7% le taux moyen approximatif d'Euribor de 2,30% pour cette année. En considération de l'évolution des taux du marché entre les années 2002 et 2003, il aurait incombé à un gestionnaire prudent et avisé de la société X. de se prévaloir envers tout créancier tiers de la clause d'une possibilité de renégocier le taux des différents prêts inscrites dans toutes les conventions de prêt afin d'obtenir une réduction pour l'année 2003 en parallèle avec les taux du marché. Or, une telle renégociation ne ressort d'aucun élément du dossier et la société X. a continué à régler durant cette année les intérêts débiteurs au taux initialement fixé dans les différentes conventions de prêt et a ainsi réglé à sa société-mère des intérêts supérieurs à ceux auraient correspondu aux conditions du marché, de manière que la partie des intérêts dépassant le taux des conditions du marché doit être qualifiée de distributions cachée de bénéfices.

Cette conclusion ne se trouve pas ébranlée par le renvoi par la société X. à la circulaire LIR n° 164/4 datant du 23 mars 1998 qui ne retient un taux d'intérêt de 5% que de manière forfaitaire dans les relations entre associés personnes physiques et la société concernée et qui précise que dans les relations entre sociétés liées, hypothèse vérifiée en l'espèce, « *le taux d'intérêt se détermine de cas en cas en fonction des principes de pleine concurrence (arm's length principle) jouant entre entreprises indépendantes* ».

Même sous peine de procéder à une certaine simplification et forfaitarisation du taux maximal admis et des intérêts à requalifier en distributions cachées de bénéfices, il y a lieu de retenir qu'un taux moyen sur l'année 2003 de 4%, englobant une prime de risque de 1,7% qui est même supérieure à celle admise pour l'année 2002, doit être considéré comme taux maximal admissible.

Ainsi, doivent être qualifiés de distributions cachées

- pour les prêts au taux de 6% sur le montant total d'intérêts payés de 114.500 € la partie correspondant à $(2/6 \times 114.500 =)$ 38.166,66 €,

- pour les prêts au taux de 5% sur le montant total d'intérêts payés de 130.468,19 € la partie correspondant à $(1/5 \times 130.468,19 =)$ 26.093,64 €,

- pour les prêts au taux de 4,5% sur le montant total d'intérêts payés de 40.158,83 € la partie correspondant à $(0,5/4,5 \times 25.777,54 =)$ 2.864,17 €.

Quant aux deux bulletins de la retenue d'impôt sur revenus de capitaux mobiliers critiqués et valablement déferés, cette qualification emporte les conséquences suivantes :

- le bulletin de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux pour l'année 2002 est à réformer en ce sens que le montant de la distribution cachée de

bénéfices est à fixer à 0 € et qu'en conséquence la retenue est également à fixer à 0 €,

- le bulletin de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux pour l'année 2003 est à réformer en ce sens que le montant de la distribution cachée de bénéfices est à fixer à $(38.166,66 + 26.093,64 + 2.864,17 =) 67.124,47$ € et que la retenue d'impôt est à fixer à $(67.124,47 \times 20\% =) 13.424,89$ €.

Il découle de l'ensemble des développements qui précèdent que le recours sous analyse est partiellement fondé et que les deux bulletins de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux pour les années 2002 et 2003 encourent la réformation dans le sens ci-avant précisé.

Au vu de l'issue du litige au fond, il y a lieu de faire masse des frais et de les imposer pour moitié à la société demanderesse et pour moitié à l'Etat.

PAR CES MOTIFS

le tribunal administratif, deuxième chambre, statuant à l'égard de toutes les parties,

déclare le recours irrecevable dans la mesure où il est dirigé contre un « *bulletin d'établissement de la fortune au 1^{er} janvier 2004* »,

reçoit le recours en réformation en la forme dans la mesure où il est dirigé contre les deux bulletins de la retenue d'impôt sur revenus de capitaux mobiliers pour les années 2002 et 2003 du 31 août 2005,

au fond, déclare le recours partiellement justifié,

partant, par réformation

- du bulletin de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux pour l'année 2002, dit que le montant de la distribution cachée de bénéfices est à fixer à 0 € et qu'en conséquence la retenue est également à fixer à 0 €,
- du bulletin de la retenue d'impôt sur les revenus de capitaux pour l'année 2003, dit que le montant de la distribution cachée de bénéfices est à fixer à $(38.166,66 + 26.093,64 + 2.864,17 =) 67.124,47$ € et que la retenue d'impôt est à fixer à $(67.124,47 \times 20\% =) 13.424,89$ €,

rejette le recours en réformation pour le surplus,

déclare le recours subsidiaire en annulation irrecevable,

fait masse des frais et les impose pour moitié à la société demanderesse et pour moitié à l'Etat.

Ainsi jugé par:

M. SCHOCKWEILER, premier vice-président,

M. SCHROEDER, premier juge,

M. SPIELMANN, juge,

et lu à l'audience publique du 7 mai 2007 par le premier vice-président, en présence de M. LEGILLE, greffier.

s. LEGILLE

s. SCHOCKWEILER